

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 12920061150424

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

医疗行为的刑法评价
——以患方知情同意为中心

The Evaluation of Medical Behaviors within Theories of Criminal Law
——The Right of Patients' consent as The Central

左金平

指导教师姓名: 陈立教授

专业名称: 刑法学

论文提交日期: 2009年4月

论文答辩时间: 2009年 月

学位授予日期: 2009年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2009年4月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文(包括纸质版和电子版)，允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

() 1.经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于
年 月 日解密，解密后适用上述授权。

() 2.不保密，适用上述授权。

(请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。)

声明人(签名)：

年 月 日

内容摘要

随着传统父权模式的医患关系渐为复合型医患关系模式所取代，医方与患方之间的矛盾因着双方对医疗信息的认知能力与了解程度的不对称，因着医疗活动范围的扩大与商业化，日益显山露水。虽国家政策与相关律法对医疗行为的实施多有规制，但频仍见诸报端的患方的眼泪让我们不得不开始重新审视：法律对患者权益的保护终究是否仅仅流于形式浮于表象？

这其中的一个重要思考方向，就是能否保障患方知情同意权的规定在临床上得以有效落实。本文拟从刑法学的视野，论述患方知情同意权的行使对医疗行为罪或非罪评价的影响。

文章首先界定医疗行为的定义与范围，将讨论的范围限定在以医疗为目的的合法医疗情形下医疗行为的范围之内。并论述医疗行为与刑法的关联，即其作为正当化事由之一的缘由。

要论述患方知情同意对医疗行为于刑法上评价的影响，须得先阐明知情同意法则的相关内容，本文第二部分即从其历史渊源、具体涵义、我国法律规定等方面进行展开，随后深入探讨患方同意对医疗过失犯罪和故意犯罪的影响。

第三部分是对前两部分的实践性论述，将患方同意嵌入医疗行为的动态过程之中，找寻其在刑法犯罪体系中的席地：不具有医学适应性及技术正当性的医疗行为，无论是否获得患方同意，都不能排除犯罪性；在医疗行为具有医学适应性及技术正当性的场合，区分造成和未造成不良医疗损害的医疗行为两种情况讨论，最后浅析临床上各种同意书的法律效力，并做出结论。

关键词：医疗行为；知情同意；刑法评价

ABSTRACT

As the traditional patriarchal model of medical- suffer relation was gradually replaced by more complicated model of medical-suffer relation, the contradictions between the hospital and patients are gradually revealing, for the services offered by medical institutions are becoming more and more various and commercialized ,the gap in the understanding and cognitive ability of medical information between medical personnel and patients is bigger and bigger . Although national policies and laws related to the implementation of medical treatment have many regulations, we can also see the patients' suffering on the Papers frequently ,so that we have to re-examine: Whether the legal protection of the rights of patients will eventually become a mere formality simply exaggerating or not?

One of the most important aspects of thinking is to see the right of patients' informed consent whether or not clinical at the effective implementation. This article intends to study this problem on vision of the theories of Criminal Law , to discuss how the patients' right of informed consent deal with a medical behaviors' crime and non-crime.

In this paper, first of all to define the definition of medical behaviors, and the scope will also be discussed in order to limit the discussing scope in legitimate medical treatment for the purpose of medical care. Next, How the medical behaviors associated with the criminal law will be thought, that is, Why medical behaviors are legitimate in the theories of Criminal Law.

Who want to address informed consent' impact for the evaluation of medical treatment in the theories of Criminal Law, the introduction to the content of the Informed Consent must be indispensable. In the second part of this article, the history of the Informed Consent rule, concrete meaning and legal regulations of China are elaborated. Then to explore in depth that patients' consent how to impact on the medical behaviors which may constitute criminal negligence or calculated crime.

The third part is the practical part of the first two expositions. To fit the patients' consent into the movement of medical behaviors, seeking for one or more related

thory of Criminal Law to apply to. An illegitimate medical behavior is equivalent as an offence of causing bodily harm and no evaluation of the patients' consents is required. Only when a medical behavior is legitimate is it necessary to discuss the effect of patients' consents, that can be divided into two parts for discussing, which are for a successful medical behavior without damaging physical integrity and medical behavior has resulted in adverse medical results. In the last section, the legal effect of consent document we always saw is discussed, and then arrival at a conclusion.

Key Words: Medical Behaviors; Informed Consent; Evaluation of the Criminal Law

厦门大学博硕

目 录

第一章 绪论	1
第一节 缘起	1
第二节 研究范围	2
第二章 医疗行为及其与刑法的关联	4
第一节 医疗行为的界定	4
一、日本对于医疗行为的界定	4
二、我国台湾地区有关医疗行为的界定	5
三、我国大陆地区有关医疗行为的界定	6
四、本文立场	7
第二节 医疗行为的特性	9
一、医疗行为的专业性与裁量性	10
二、医疗行为的局限性与高风险性	10
三、医疗行为的侵害性	11
第三节 医疗行为与刑事责任	11
第三章 患者同意于医疗行为刑法上评价的意义	15
第一节 关于 Informed Consent 法则	15
一、Informed Consent 法则的历史渊源	15
二、我国的知情同意制度	16
第二节 知情同意法则的内涵	18
一、医方告知说明义务	19
二、患方同意权	23
三、知情同意法则的例外	26
第三节 患方同意的刑法效力	27
一、患方同意的性质	27
二、患方同意对医方犯罪构成的影响	29
第四章 医疗行为的评价过程与患方知情同意的实践	32
第一节 不具医学正当性与技术适当性的医疗行为	32

第二节 欠缺患方同意的医疗行为在刑法上的评价	33
一、未发生不良医疗损害的情形	33
二、发生不良医疗损害的情形	34
第三节 瑕疵同意的医疗行为于刑法上的评价	35
第四节 同意权的滥用	37
第五节 临床上各种同意书的法律效力	40
结论	42
参考文献	43

CONTENTS

Chapter1 The Introduction	1
Subchapter 1 The Origin.....	1
Subchapter 2 The Range of Study	2
Chapter2 Medical Behaviors and Its Association with The Criminal Law.....	4
Subchapter1 The Definition of Medical Behaviors	4
Section1 The Definition of Medical Behaviors in Japan's Law	4
Section2 The Definition of Medical Behaviors in Taiwan's Law	5
Section3 The Definition of Medical Behaviors in Mainland of China	6
Section4 The Position of This Article	7
Subchapter2 The Characteristics of Medical Behaviors.....	9
Section1 Professional and Discretionary	10
Section2 Limitations and The High-risk	10
Section 3 Invasive.....	11
Subchapter3 Medical Behaviors and Criminal Responsibility.....	11
Chapter 3 The Significance of Patients' Consent When Comment on Medical Behaviors with The Theories of Criminal Law	15
Subchapter1 About The Rule of Informed Consent.....	15
Section1 The History of The Rule of Informed Consent.....	15
Section2 The Rule of Informed Consent in China's Law System.....	16
Subchapter2 Meaning of The Rule of Informed Consent	18
Section1 Doctors' obligation to Inform The Medical Treatment.....	19
Section 2 The Right of Patients' Consent	23
Section 3 Exceptions to The Rule of informed Informed Consent	26
Subchapter 3 The Effectiveness of The Patients' Consent in The Criminal Law.....	27
Section 1 The Property of The Patients' Consent	27
Section 2 The Influence of Patients' Consent on The Constitutive Elements of A Medical Crime.....	29

Chapter 4 The Evaluated Process of A Medical Behaviors And The Practice of The Patients' Consent	32
Subchapter 1 An Illegitimate Medical Behavior	32
Subchapter 2 The Evaluation of A Medical Behavior Which is Lack of Patients' Consent	33
Section 1 Without Damaging Physical Integrity	33
Section 2 With Damaging Physical Integrity	34
Subchapter3 The Evaluation of A Medical Behavior Which is With a Flaw in The Consent	35
Subchapter 4 The Abuse of The Right of Consent	37
Subchapter 5 Legal Effect of A Variety of Consent Document	40
Conclusion	42
Bibliography	43

厦门大学博硕

第一章 绪论

第一节 缘起

2007 年 11 月 20 日下午, 孕妇李丽云因难产和感冒并发症, 被以夫妻名义与其长期(三年)同居的肖志军送至北京市朝阳区医院京西分院就诊。医院诊断为“孕足月, 双肺感染, 疑似心衰”, 提出立即实施剖腹产手术紧急抢救。肖、李“身无分文”(又有报道带了不足 100 元), 但鉴于病情危急, 医方决定让李免费入院治疗; 并做好了剖腹产的一切手术准备。虽已被告知不手术或不及时手术孕妇就会死亡, 肖志军从一开始就拒绝手术, 在手术同意书上签下了“拒绝剖腹产手术生孩子, 后果自负”。医方一再劝说无效, 紧急调来已下班的神经科主任, 认定肖精神正常; 又请警方 110 紧急调查孕妇户籍, 试图联系她的其他家人; 医方还紧急报告北京市卫生系统各级领导, 试图破例; 终因相关法律法规的明确规定, 不能手术。近 30 名医生、护士以各种方式抢救 3 个小时后无效, 李丽云死亡。^①

此案一出, 各界哗然。卫生法学专家、北大法学院教授孙东东认为, 肖志军涉嫌过失杀人,^②中国人民大学刑法学教授韩玉胜认为, 肖志军应该为妻子李丽云的死亡承担全部责任, 肖某的行为构成了间接故意杀人。^③北京辽海律师事务所高级律师谷辽海质疑, 孕妇李丽云在医院被诊断患有多种病症, 这些疾病与死亡之间是否存在直接的必然联系? 手术是否属于挽救患者生命的唯一选择? 对于孕妇和关系人肖志军来说, 这方面的医疗信息可能近乎零, 缺乏相应的认知能力, 主观上对于危害后果不具有确定性认识。因此, 肖志军的拒绝签字与患者的死亡结果之间也就不可能存在着直接的因果关系。“签字同意”只是法律和行政法规赋予患者及其家属的知情权之一, 也是医疗机构应该履行的义务之一, 但不是孕妇及其关系人肖志军所应该履行的法定义务, 法律没有明文规定患者及其家

^①案情综合了北京市卫生局新闻发布会公布的鉴定结论、媒体报道、医院记录、患者家属的说法等。

^②刘墨非, 颜斐. 丈夫拒签致孕妻死续: 是否过失杀人专家看法不一(组图) [EB/OL].

[^③徐凯. 肖志军涉嫌间接故意杀人还是过失致人死亡?\[EB/OL\].](http://cache.baidu.com/c?m=9d78d513d9d437ab4f9ee7697c13c011124381132ba6a6020ca5843e93732c41506692ac51200775a2d20d1416de4948adb0687d6d4566f58cc9fb57c0e7c56d6e9f27437318875612a448f2945b27c43d9359e9ab04e5bbed33f4aaafa7bc5452c851077980f2fe3d1714bd35b64b6f&p=8b2a9553cc8717ff57edc3385a&user=baidu, 2007-11-26/2009-2-18.</p></div><div data-bbox=)

[1](http://www.caijing.com.cn/2007-11-26/100039211.html?source=hexun, 2007-11-26/2009-2-18.</p></div><div data-bbox=)

属或关系人必须签字。医院和卫生局仅仅履行了告知义务而不遵守现行有关法律和行政法规的强制性规定，在患者的关系人放弃民事权利的情况下，只是考虑到自己的法律风险而拒绝及时为孕妇动手术，最终导致李丽云死亡这一严重后果，医疗单位和卫生主管部门明知患者生命垂危而没有及时采取积极有效措施，去挽救孕妇的生命，违法行为与危害结果之间存在着必然联系，显然已经涉嫌触犯了我国相关刑律，医疗单位的直接责任人员和卫生行政部门的主管人员应该对李丽云的死亡事件承担相应的刑事责任。^①

学界争议的激烈起伏，各自结论的南辕北辙，恰恰显示着研究的薄弱。尽管目前此案尚未审结，且李丽云的家属也只是提起民事诉讼，患方知情同意权与医疗行为刑事责任的关联却以此事为开端，穿越时下频率纷繁种类庞杂的医疗纷争，进入了大众的视野。人们不禁要问，知情同意法则与医疗行为之间是何种关系？一个不具备患方同意的医疗行为是否为不法行为？若不是，医方为何敢于放弃原本握于手中的生命价值，只为那薄薄一纸同意书中落款处的空白？若是，医疗行为又该被作何种不适法评价？相反，一个具备患方同意的医疗行为，无论发生怎样的医疗后果，就一定可以排除犯罪性么？如果是，它又被排除了怎样的犯罪性？这是本文试图厘清的问题。

第二节 研究范围

医疗行为之所以具有刑法学研究价值，就在于其与其他社会行为存在不同的特征。一方面，医疗行为实为为病患消除苦痛的行善行为；一方面却又以影响人体形态或器官功能为常态。本文首先对医疗行为作出界定，将讨论范围限定在合法医疗主体以医疗为目的，直接作用于人体，且以人体的形态或功能发生一定变化或恢复为结果的医疗行为之内。接下去揭示医疗行为的本质特征，使之与一般行为区分开来，这也是将其置于刑法体系中进行评价的必要。

如“缘起”中所述，本文意在探讨患方同意对医疗行为在刑法体系中评价的影响，因此，患方知情同意法则的相关内容必须阐明的，文章将概述其历史渊源、内涵及性质三个方面。

^①韩辉. 男子拒签致孕妇死亡 医疗部门刑事责任不可免除[EB/OL].
<http://news.qq.com/a/20071203/001715.htm>, 2007-11-26/2009-2-18.

患方同意在医疗行为的评价过程中到底起着怎样的作用，是本文讨论的重点。患方同意对医方故意犯罪与过失犯罪的构成有何影响？获得患方同意的医疗行为与欠缺患方同意的医疗行为在刑法上的评价有何不同？临床上各种同意书是否与知情同意法则等同，是否可以作为医疗行为的合法性依据？此为该部分意欲探究的问题。

由于医学与法学横跨两个不同的专业领域，使精通医学者难以精通法学，精通法学者也难以精通医学，所以我国（尤其在大陆地区）目前对于刑法中的医疗行为研究还比较滞后，将知情同意法则嵌入刑法理论进行研究的文献更是鲜见。期望拙文稍可探得一二。

第二章 医疗行为及其与刑法的关联

第一节 医疗行为的界定

一、日本对于医疗行为的界定

在日本，学者将医疗行为分为三种概念，即医行为、专断医疗行为与具有阻却违法性的医疗行为。医行为是医疗行为最广义的界定，涵盖一切医疗行为，并不一定强调以诊疗为目的，是行政法上的概念。专断的医疗行为介于医行为与具有阻却违法性的医疗行为之间，是指未经病患同意的医疗行为。而具有阻却违法性的医疗行为则需具备以医疗为目的，以医学上适当方法为之以及得病患同意等要件。^①可见阻却违法性的医疗行为是医疗行为最狭义的定义。

也有学者将医疗行为分为广义医疗行为和狭义医疗行为两种。广义的医疗行为，是指出于医疗目的而实施的医疗行为，包括疾病的治疗与预防，生育的处置、按摩、针灸等符合医疗目的的行为。狭义的医疗行为则是指在广义的医疗行为中，只能由医师实施的行为。日本《医师法》第17条规定：“如果不是医师，不能从事医业。”日本学者认为，在医疗行为中，医师的医疗行为是最主要的，其医疗行为的中心是诊疗。^②

日本大谷实教授将医疗行为分为医学上的医疗行为和行政法上的医疗行为。他认为，在对医学上的医疗行为下定义时，应该考虑医学的适应性与医学技术的正当性。所谓医学的适应性，是指治疗的方法和手段在专业上一般是得到承认的，只限于专业上采取适当的手段和方法，患者即使发生死伤的结果，也不能追究刑事责任。医疗技术的正当性是指医疗行为人的行为在医学上是正确的，即符合医疗技术的性质。一种医疗行为，只有具备医学的适应性和医疗技术的正当性，才能称其为医疗行为。在判断某种行为是否是医疗行为时，对该医疗行为进行有害

^①黄丁全.医事法[M].北京:中国政法大学出版社,2005.75.

^②所谓诊疗，是指医师为了治疗疾病、预防疾病、矫正畸形、助产等，向对象使用医学知识、技能的活动。诊疗又可进一步分为诊断和治疗。诊断，是指就患者的伤病、身体现状等进行望、闻、问、切等诊察活动，并依据现代医学，大体上判断疾病的原因，选择治疗的方法；治疗是指以恢复患者的伤病、增进健康为目的的且由医生实施的行为，包括手术、注射、投药、处置、理学疗法等。

性与有效性的利益衡量尤为重要,当一种医疗行为具备医学适应性与医疗技术的正当性,且有效性超过有害性时,即具有客观治愈的效果时,原则上可以认定该医疗行为是正当行为。因此,医学上医疗行为的概念摒弃了对医疗行为主体的考量。而行政法上的医疗行为是相对“医业”而言的,主要针对医师的执业资格。因此,非医务人员所进行的医学上的医疗行为并非行政法上的医疗行为。^①

在日本的司法实践中,一般认为,医疗行为是指有关疾病的诊断治疗、疾病的预防,畸形的矫正,助产、堕胎,以及各种基于治疗目的及增进医学技术的实验活动。可见在司法实践中,日本对医疗行为的界定采取的是广义医疗行为的定义。

二、我国台湾地区有关医疗行为的界定

由于医疗行为极强的专业性,加之其范围的广泛,随着医学的不断进步与发展,认定相当困难,因此我国台湾地区法律对于医疗行为也并无定义性的相关规定。较为权威的界定是台湾地区行政院卫生署于1976年4月6日第07880号函中指出的:“凡以治疗、矫正或预防人体疾病、伤害或保健为直接目的所为之诊察、诊断及治疗或基于诊断观察、诊断结果,以治疗为目的行为之处方或用药等行为之一部或全部之总称,为医疗行为。”^②该定义一直为台湾地区司法实践所采纳,其核心是把医疗行为的目的界定为出于医疗的目的。

然而,随着医学技术水平的不断提高,以及医疗领域范围的不断扩大,以美容为目的的整形手术、变性手术、非治疗性的堕胎手术等等均不具有诊疗目的,偏偏又在很大程度上可称作具有破坏性的行为的出现,使得传统医学伦理中医师“必不将所学危害人类健康”的原则有被束之高阁之虞。而频发的手术失败事故也说明将这些不具备该目的的行为排除在医疗行为之外显然是不合理的。因此有学者提出,医疗行为若从广义的概念加以认识,是指包括疾病、伤害之诊断,治疗、治后情况之判定,以及疗养指导等等具有综合性的行为内涵之法律事实,就目前医院或诊所的惯性,上述医疗行为的具体内涵,包括属于诊断方面之问诊、听诊及检查,属于治疗方面的注射、给药、敷涂(外伤药物)、手术、复建,属

^①参见臧冬斌.医疗犯罪比较研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005.44.

^②转引自龚赛红.医疗损害赔偿立法研究[M].北京:法律出版社,2001.1-2.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕